

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervsstyrelsen, Dahlerups Pakhus, Langelinie Allé 17, 2100 København Ø.
Telefon: 35 29 10 00 - mail: kifu@erst.dk - Internet-adresse: www.kifu.dk

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Att.: Kontorchef Signe Schmidt
E-mail: rzn@kfst.dk

Journalnummer	Dato
2014-6730	8. januar 2015

Vedr.: Høring over udkast til forslag til udbudslov - j.nr. POL-14/07014-12.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved brev af 5. december 2014 anmodet om blandt andre Klagenævnet for Udbuds eventuelle bemærkninger til et udkast til forslag om en udbudslov (herefter kaldet ”udkastet”).

Af høringsbrevet fremgår, at formålet blandt andet er at gennemføre det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) i dansk ret. Direktivet afløser det gældende udbudsdirektiv (direktiv 2004/18/EF).

Derimod er meningen ikke at gennemføre det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv (direktiv 2014/25/EU) eller det nye koncessionsdirektiv (direktiv 2014/23/EU). Disse direktiver forudsættes således ikke gennemført ved lov, men ved bekendtgørelse i overensstemmelse med den hidtidige mangeårige praksis for implementering af direktiver på området, jf. udkastets § 192, stk. 2.

Udkastet er udarbejdet på grundlag af et omfattende arbejde af Udvalget om dansk udbudslovgivning.

Klagenævnet vil i den anledning fremkomme med de bemærkninger af mere teknisk karakter, der fremgår nedenfor, idet nævnet ikke ønsker at udtale sig om lovudkastets implementering af udbudsdirektivet

og forholdet til kontroldirektiverne, herunder de foreslåede ændringer af tilbudsloven.

Da håndhævelseslovens titel i udkastet foreslås ændret til lov om Klagenævnet for Udbud, vil loven i det følgende blive benævnt ”klagenævnensloven”.

Det understreges, at klagenævnet ikke ved dette høringssvar har tilkendegivet, hvorledes nævnet vil stille sig til reglerne i udkastet, såfremt disse måtte blive genstand for en klagesag ved nævnet.

1. Kompetencespørgsmål

a) Efter udkastets § 196, nr. 2 og nr. 3, jf. klagenævnenslovens § 1, stk. 2, nr. 1 og nr. 2, tillægges klagenævnet kompetence til at behandle klager, der angår overtrædelse af udbudsloven og regler udstedt i medfør af denne lov. Samtidig udgår den nugældende bestemmelse af loven, hvorefter klagenævnet er kompetent med hensyn til EU-retten vedrørende offentlige kontrakter.

Klagenævnet skal om disse kompetenceregler udtale følgende:

Den foreslåede formulering af klagenævnenslovens § 1, stk. 2, medfører, at klagenævnet ikke længere vil være kompetent til at behandle klager over overtrædelser af udbudsretlige regler og principper, der hverken findes i udbudsloven, i udbudsdirektiver, der er implementeret ved bekendtgørelse i henhold til udbudsloven som nævnt ovenfor, eller i tilbudsloven.

Det betyder, at klagenævnet som noget nyt ikke vil være kompetent til at tage stilling til en særlig kategori af klager, der er karakteriseret ved, 1) at de angår udbud med grænseoverskridende interesse, 2) at der klages over overtrædelse af de EU-retlige regler og principper, der er af betydning for indgåelse af offentlige kontrakter og baseret på Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, og 3) at kontraktindgåelsen ikke er reguleret af de særlige udbudsdirektiver, uden at årsagen er, at kontraktens økonomiske værdi er under tærskelværdierne. I klagenævnets praksis findes flere eksempler på en sådan anvendelse af traktatbaserede regler i klagesager vedrørende udbud, se hertil som eksempel klagenævnets kendelse af 4. februar 2013, SDI Media A/S mod Danmarks Radio. Det er således ikke rigtigt, når det i

de specielle bemærkninger til bestemmelsen i udkastets § 196, nr. 2, er anført, at henvisningen i den hidtidige bestemmelse i klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 1, til fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter bliver ”overflødig” som følge af udbudsloven, og en ændring af retstilstanden synes således heller ikke at have været til sigtet.

Klagenævnet skal på den baggrund foreslå, at klagenævnslovens § 1, stk. 2, formuleres således, at loven fortsat også finder anvendelse ved håndhævelsen af EU-udbudsreglerne vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, i hvert fald i det omfang disse regler ikke er gennemført i dansk ret i udbudsloven eller en bekendtgørelse udstedt i medfør af denne lov. Dette ville eksempelvis kunne gøres ved at undlade at lade ordene ”*offentlige kontrakter og*” udgå af den gældende kompetenceregel i § 1, stk. 2, nr. 1, i klagenævnsloven, der efter udkastet bliver til lovens § 1, stk. 2, nr. 2.

b) Efter *udkastets § 195, stk. 1*, træder loven i kraft den 1. oktober 2015. Efter § 195, stk. 3, gennemføres udbud, der er iværksat inden denne dato, efter de hidtil gældende regler.

Klagenævnet bemærker, at det i den forbindelse bør fastsættes udtrykkeligt, at klagenævnet også efter udbudslovens ikrafttræden er kompetent til at behandle klager over overtrædelser af de således hidtil gældende udbudsregler.

c) For så vidt angår bestemmelserne i *udkastets § 193, stk. 2, og § 196, nr. 5*, hvorefter klagenævnet ikke skal have kompetence til at tage stilling til klager over overtrædelser af bestemmelsen i lovens § 191 om indkøb på markedsmæssige vilkår, der for så vidt angår offentlige indkøb under tærskelværdierne og uden klar grænseoverskridende interesse erstatter de hidtidige regler i tilbudslovens afsnit II, bemærkes følgende: De anførte regler er specielt målrettet mindre, offentlige indkøb, og disse indkøb vil derfor – i overensstemmelse med forudsætningerne i bemærkningerne til udkastets § 48 – i højere grad passe til små og mellemstore virksomheders produktionsapparat. Forslaget indebærer på den baggrund, at disse små og mellemstore virksomheder bliver stillet ringere end (større) leverandører til større kontrakter. Dette skyldes, at de med udkastet reelt henvises til at anlægge en retsag ved de almindelige domstole, idet de afskæres fra den relativt bil-

ligere, hurtigere og mere specialiserede klageadgang til Klagenævnet for Udbud, som de efter de hidtil gældende regler har haft.

2. Udkastets § 145

Bestemmelsen er – som anført i de specielle bemærkninger – ikke en implementering af en artikel i udbudsdirektivet. Bestemmelsen og de specielle bemærkninger synes at være inspireret af omstændighederne i en konkret og endnu verserende sag ved Klagenævnet for Udbud, hvor der er sket præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen af et spørgsmål, som i vidt omfang er overlappende med den foreslåede bestemmelse. Afgørelsen om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen er truffet ved klagenævnets kendelse af 18. august 2014 i sagen MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark. EU-Domstolen har endnu ikke truffet afgørelse i sagen, der behandles under sagsnummer C-396/14.

På den baggrund, og da bestemmelsens nærmere indhold efter sin ordlyd og bemærkninger på flere punkter forekommer mindre klar, skal klagenævnet opfordre til, at det genovervejes, om en supplerende national regulering som den foreslåede bør afvente EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i sagen, således at der bliver mulighed for at tage højde for afgørelsens indhold ved fastsættelsen af de nationale regler.

3. Udkastets § 195

I de specielle bemærkninger til overgangsreglen i udkastets § 195, stk. 3, hedder det:

”... Bestemmelserne om ændringer i kontrakter, jf. §§ 176-182, samt ophør af kontrakter, jf. § 183, finder anvendelse på kontrakter, hvor udbuddet af den pågældende kontrakt er iværksat efter lovens ikrafttræden. ...”

Det bør i den forbindelse overvejes at indsætte en udtrykkelig bestemmelse herom i udbudsloven.

4. Udkastets § 196, nr. 9 og nr. 22

Klagenævnet bemærker, at § 196, nr. 9 og nr. 22, begge vedrører klagenævnslovens §§ 17 og 19, og at ændringerne ikke synes at harmonere indbyrdes.

5. Terminologiske spørgsmål

Klagenævnet bemærker generelt, at den valgte terminologi bør anvendes konsekvent i hele loven og bemærkningerne hertil, hvilket ikke alle steder synes at være tilfældet.

Som eksempler kan nævnes, at der i udkastets § 71, stk. 3, tales om ændring af ”grundlæggende elementer”, mens der i de specielle bemærkninger til bestemmelsen tales om ændring af ”vigtige elementer”. Udtrykket ”ændres væsentligt” er endvidere anvendt i de specielle bemærkninger til § 79, stk. 2, mens § 79, stk. 2, anvender udtrykket ”ændringer i grundlæggende elementer”.

6. Økonomiske konsekvenser

Klagenævnet bemærker generelt, at enhver indførelse af nye udbudsretlige regler erfaringsmæssigt giver anledning til et antal sager, hvor parterne og deres advokater adresserer reglernes fortolkning og prøver reglernes grænser af. De nye regler i udbudsloven, der som noget nyt i Danmark har til formål at gennemføre en fuldstændig implementering af udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), må på den baggrund antages at medføre et større antal klagesager, indtil de nye regler er indarbejdet hos ordregivere, tilbudsgivere og deres rådgivere.

I udkastet foreslås en udvidelse af standstill-reglen i klagenævnslovens § 12, stk. 2, således at standstill-reglen også omfatter den situation, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse efter lovens § 4. Endvidere foreslås i udkastet, at en ordregiver kan forlænge den standstill-periode, der følger af lovens § 3, stk. 1, jf. den foreslåede bestemmelse i lovens § 3, stk. 2. Klagenævnet vil også i disse situationer skulle træffe afgørelse om opsættende virkning inden for 30 dages-fristen i lovens § 12, stk. 3.

De nævnte forhold må – uanset bestemmelsen om, at klagenævnet ikke skal være kompetent til behandle klager efter § 191 – antages at ville medføre et øget resurseforbrug i Klagenævnet for Udbud.

Med venlig hilsen

Michael Ellehauge
Formand for Klagenævnet for Udbud, landsdommer